



Il Difensore Civico

Decisione n. 15 del 14 aprile 2021

OGGETTO: Avvocato (OMISSIS) per conto di (OMISSIS) /(OMISSIS).- Ricorso avverso denegato accesso civico ai sensi dell'art. 5, comma 8 del D.Lgs. 33/2013 (202114780). - Richiesta di riesame ex art. 25, comma 4 della legge 241/90 (202114781)

IL DIFENSORE CIVICO REGIONALE

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni ed in particolare il capo V, contenente disposizioni sull'accesso ai documenti amministrativi (cosiddetto accesso documentale);

VISTO il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e successive modificazioni ed integrazioni, contenente il "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni";

VISTO in particolare l'art. 5, comma 2, del citato D.Lgs. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. 97/2016, che ha introdotto, accanto all'accesso civico già disciplinato dal medesimo decreto, il c.d. "accesso civico generalizzato" che si sostanzia nel "diritto di chiunque di accedere a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti";

CONSIDERATO che l'accesso civico generalizzato ha lo scopo di "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico";

VISTE le note del 30/03/2021 trasmesse a mezzo pec ed acquisite in data 31/03/2021 al protocollo di questo Ufficio con i numeri 486 e 487, con le quali l'Avvocato (OMISSIS) in nome e per conto della ditta (OMISSIS), ha presentato al Difensore Civico Regionale, rispettivamente, ricorso ai sensi dell'art. 5, comma 8 del D.Lgs. 33/2013 e richiesta di riesame, ai sensi dell'art. 25 comma 4 della L. 241/90 con riferimento al rifiuto espresso sulla istanza di accesso agli atti del 15/02/2021 avanzata, contestualmente ai sensi dell'art. 22 della legge 241/1990 e ai sensi dell'art. 5 del D.L.gs 33/2013, per conto della medesima ditta e finalizzata ad acquisire la seguente documentazione relativa alla Gara Europea a procedura aperta telematica per l'affidamento del "Servizio autospurgo per pulizia collettori fognari, impianti di sollevamento ed impianti di depurazione gestiti dalla (OMISSIS)



1. dichiarazioni rese in gara dalle ditte aggiudicatrici comprovanti il possesso dei requisiti prescritti dal Bando di gara;
2. documentazione acquisita in sede di verifica dei requisiti delle ditte aggiudicatrici di ordine generale, tecnico professionale ed economico finanziaria;
3. offerta tecnica presentata dalle ditte aggiudicatrici;

VALUTATA la opportunità di valutare congiuntamente il ricorso presentato ai sensi del D.L.gs. 33/2013 e la richiesta di riesame presentata ai sensi della legge 241/1990;

RITENUTO di dover procedere, in via preliminare, alla verifica della ammissibilità del ricorso e della richiesta di riesame con riferimento all'ambito di competenza di questa Difesa Civica, alla scadenza dei termini ed alla mancata presentazione di ricorso al TAR;

VISTA la nota prot. 13298 del 04/03/2021 con la quale la (OMISSIS) formula il diniego con la seguente motivazione “la presente al fine di confermare l'insussistenza dei presupposti relazionabili ad un interesse tutelato o tutelabile per l'accoglimento dell'istanza;

POSTO IN EVIDENZA CHE, come rilevato dal legale di parte, la (OMISSIS) si è limitata a richiamare due proprie precedenti note di diniego rispetto ad altrettante richieste formulate direttamente dalla Ditta interessata senza esaminare di fatto, né fornire motivazioni di diniego specifiche all'istanza di accesso presentata dal legale stesso sia ai sensi dell'art. 22 della legge 241/1990 che ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. 33/2013;

CONSIDERATO CHE:

Una seconda domanda di accesso si giustifica con fatti nuovi non rappresentati nell'originaria istanza, o con una nuova prospettazione dell'interesse all'accesso. L'istanza di accesso può essere riproposta sia in presenza di fatti nuovi sopravvenuti o meno e non rappresentati nell'originaria istanza, sia a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante l'accesso: in presenza di questo tipo di istanza, la P.A. ha il dovere di rispondere, e un eventuale diniego, anche tacito, può essere oggetto di ricorso al T.A.R. (Tar Lombardia – Brescia, sez. I, 1 febbraio 2019, n. 106).

Il T.A.R. lombardo riprende sostanzialmente il precedente autorevole principio sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2006: *“Il carattere decadenziale del termine reca in sé – secondo ricevuti principi, come inevitabile corollario – che la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo”*;

CONSIDERATO CHE:



Il Difensore Civico

nel caso di specie l'istanza prodotta dal legale di parte non fornisce *“una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante”* in capo all'Istante ai sensi delle disposizioni sull'accesso documentale contenute nella legge 241/1990, né fornisce elementi nuovi ma appare solo finalizzata a richiedere l'accesso anche ai sensi del D.Lgs. 33/2013;

i due istituti (accesso civico e accesso documentale) ben possono concorrere senza reciproca esclusione essendo basati su norme e presupposti diversi;

il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla legge 241/1990 (dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti) e nel caso dell'accesso generalizzato (dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso più esteso comportando una larga conoscibilità e diffusione dei dati);

la mancata impugnazione del primo diniego da parte della Ditta non consente la riproposizione da parte del legale dell'istanza di accesso ai sensi della legge 241/1990 (addirittura per la 2^a volta) e la conseguente impugnazione del successivo diniego (meramente confermativo dei primi due) per effetto del carattere decadenziale del termine di cui all'art. 25, comma 5 della legge 241/1990 da renderlo non autonomamente impugnabile;

ACCERTATO, pertanto, che il diniego espresso ai sensi della legge 241/1990 in quanto non impugnabile non può essere oggetto di riesame da parte di questa Difesa Civica;

CHE, di conseguenza, i requisiti di ammissibilità sussistono solo con riferimento al ricorso prodotto ai sensi dell'art. 5, comma 8 del D.Lgs. 33/2013;

RICHIAMATO l'art. 53, comma 5 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016 a mente del quale sono esclusi il diritto di accesso ed ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscano secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

RICHIAMATO l'art. 5 bis, comma 2 del D.Lgs. n. 33/2013 che testualmente recita: *“L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:*

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;*
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;*
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.”*

CONSIDERATO CHE:



Il Difensore Civico

la possibilità di consentire l'accesso agli atti per l'offerta tecnica è stata fortemente limitata da due sentenze del Consiglio di Stato, Sezione V: la n. 64 del 7 gennaio 2020 e la n. 4220 del 1 luglio 2020;

in sintesi il Consiglio di Stato ha fissato i seguenti punti in materia di accesso agli atti in merito all'offerta tecnica:

1. ha ampliato il concetto di segreti tecnici-commerciali, prevedendo l'esclusione dell'ostensibilità delle specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il c.d. know how). Si tratta dell'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività di impresa che caratterizzano la singola impresa nel mercato aperto alla concorrenza;
2. ha evidenziato come del diritto di accesso non si può fare un uso emulativo, al solo scopo di venire in possesso delle specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri;
3. ha affermato che per esercitare il diritto di accesso agli atti in merito all'offerta tecnica non basta essere in possesso genericamente di un concreto ed obiettivo interesse al ricorso ma è necessario motivare dettagliatamente in qual misura le informazioni richieste in merito ai contenuti tecnici siano indispensabili ai fini della presentazione di un ricorso giurisdizionale.

Ne consegue che l'accesso agli atti sull'offerta tecnica è precluso non solo per i segreti industriali, ma anche per quelli tecnici-commerciali e finanche solo gestionali e deve essere concesso solo a fronte di una richiesta motivata – non genericamente – da una concreta indispensabilità di utilizzo dei dati tecnici richiesti in uno specifico giudizio.

ESAMINATA la documentazione di gara pubblicata sul sito della (OMISSIS) ed in particolare:

- i verbali dai quali si evincono tutte le fasi della procedura ed in particolare: l'accertamento delle ditte che hanno presentato, sulla piattaforma, offerta nei termini prescritti (n. 10), la verifica amministrativa della documentazione prodotta, delle dichiarazioni rese, delle eventuali carenze sanabili con il soccorso istruttorio, degli esiti del soccorso istruttorio, la procedura di apertura delle offerte economiche per ciascun lotto, gli esiti e l'individuazione della migliore offerta;
- il provvedimento di aggiudicazione definitiva efficace relativamente ai lotti 1 e 4 (Determina Prot. n. 12417 del 15/04/2020);

RILEVATO CHE dalla lettura della citata documentazione sembrerebbe che l'aggiudicazione sia stata effettuata esclusivamente sulla base dell'offerta economica;



CONSIDERATO CHE la (OMISSIS) con riferimento al procedimento di accesso civico generalizzato avrebbe dovuto, entro 30 giorni, assumere un provvedimento espresso e motivato;

Valutato che:

1. delle dichiarazioni rese in gara dalle ditte aggiudicatrici (e da tutti i concorrenti) comprovanti il possesso dei requisiti prescritti dal Bando di gara si dà conto in sintesi nei verbali già pubblicati. Le dichiarazioni integrali potrebbero contenere dati personali potenzialmente idonei ad arrecare pregiudizio ai soggetti che le hanno rese, soggetti che andrebbero, in ogni caso, consultati in qualità di controinteressati;
2. la documentazione acquisita in sede di verifica dei requisiti delle ditte aggiudicatrici è soggetta, se di ordine generale, ai medesimi limiti delle dichiarazioni di cui al punto 1), mentre occorre verificare, se di natura tecnico professionale ed economico finanziaria, se contenga segreti tecnici o commerciali;
3. non si ritiene che l'offerta tecnica presentata dalle ditte aggiudicatrici (ove esistente) sia suscettibile di divulgazione per effetto del combinato disposto dell'art. 53, comma 5 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016 e del l'art. 5 bis, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 33/2013. Tale conclusione è in armonia con la posizione espressa dalla Sezione V del Consiglio di Stato seppur con riferimento all'accesso documentale;

CONSIDERATO che in ogni caso vanno rispettati i principi generali sul trattamento dei dati personali ed in particolare quelli di necessità, proporzionalità, pertinenza, non eccedenza;

CONSIDERATO, conclusivamente, che per le ragioni di cui sopra spetta alla (OMISSIS) assumere un provvedimento espresso sulla richiesta di accesso civico generalizzato valutando, sentiti i controinteressati:

- con riferimento alla documentazione di cui ai punti 1 e 2, la presenza di dati personali potenzialmente idonei ad arrecare concreto pregiudizio ai soggetti controinteressati;
- con riferimento alla documentazione di cui al punto 2 se contiene, segreti tecnici o commerciali;

in difetto dei quali elementi ostativi, specificatamente individuati, deve ritenersi ostensibile la documentazione richiesta;

DECIDE

REGIONE
ABRUZZO



Il Difensore Civico

1. L'istanza di riesame del denegato accesso presentata ai sensi dell'art. 25, comma 4 della legge 241/1990 dall'Avvocato (OMISSIS) in nome e per conto della ditta (OMISSIS) volta ad ottenere copia della documentazione indicata in premessa, è inammissibile;
2. Il ricorso avverso il denegato accesso civico generalizzato presentato ai sensi dell'art. 5, c. 8 del D.Lgs. n. 33/2013 dall'Avvocato (OMISSIS) in nome e per conto della ditta (OMISSIS) volto ad ottenere copia della medesima documentazione è accolto nel senso che la (OMISSIS) è tenuta ad assumere, entro 30 giorni dalla data della presente decisione, un provvedimento espresso nei termini indicati in premessa, dovendo ritenersi ostensibile, in difetto della individuazione di elementi ostativi individuati ai sensi di cui sopra, la documentazione richiesta;
3. La presente decisione è comunicata all'Istante per il tramite del suo legale ed alla (OMISSIS), per la relativa attuazione.

Il Difensore Civico Regionale
Avv. Fabrizio Di Carlo

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m. e i.